Strategien beim Zugewinnausgleich

Bearbeitet von
Dr. Walter Kogel

5., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage 2016. Buch. XXIX, 469 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 68435 7
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 815 g

Recht > Zivilrecht > Familienrecht > Güterrecht, Versorgungsausgleich, Unterhaltsrecht

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

vor Rechtskraft der Scheidung eine Bewertung des Hausrats vor, verändern sie damit den Wert, der eigentlich bei dem Endvermögensstichtag des Zugewinns zugrunde zu legen wäre. Damit wird der durch das Gesetz bestimmte Ausgleichsanspruch geändert. Die Folge ist die Nichtigkeit der Vereinbarung![7] Dieses nachteilige Ergebnis kann jedenfalls dadurch sicher verhindert werden, indem entweder zu **Protokoll** eines **Notars** oder im Rahmen eines **Verfahrens in *Ehe*sachen** eine Regelung vereinbart wird.

504 Äußerst strittig war lange Zeit, ob zB im Rahmen eines ***Unterhalts***verfahrens eine solche Absprache wirksam getroffen werden kann. Teilweise wurde eine solche Vorgehensweise als formunwirksam angesehen.[8] Eine Heilung kann dann ggf. nur noch durch eine Bestätigung gem. § 141 Abs. 1 BGB **nach Beendigung** des Güterstandes erfolgen. Mittlerweile hat der BGH[9] im Rahmen der ähnlich gelagerten Problematik zu 1587c BGB eine scheinbar recht großzügige Auslegung vertreten. Hier stellt sich ebenso die Frage, ob eine Vereinbarung zum **nachehelichen** Unterhalt zB im Rahmen eines parallel laufenden Verfahrens auf **Getrennt**lebenunterhalt wirksam getroffen werden kann. Der BGH hat dabei die Ansicht vertreten, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Scheidungsverfahrens eine solche Möglichkeit zur Beurkundung nur **zusätzlich** ermöglichen wollte. Das Wort **„auch"** sei gerade nicht im Sinne einer Ausschließlichkeit zu verstehen. Der Gesetzgeber habe eine Protokollierung im Rahmen eines weiteren (Unterhalts-)verfahrens nicht verhindern wollen.[10] Bemerkenswert ist allerdings ein zusätzliches Argument in der Entscheidung: Seit dem Urteil des BGH FamRZ 1983, 157 ff. habe im Rahmen des Zugewinnausgleichs Einigkeit darüber bestanden, dass eine Beurkundung auch in anderen Prozessen als dem Ehescheidungsverfahren ausreiche. Die vom BGH zitierte Entscheidung befasste sich indes vordringlich mit folgender ganz anderen Problematik: Kann bereits **vor** Einreichung eines Scheidungsantrages eine Regelung zum Zugewinnausgleich getroffen werden? Das damalige Urteil grenzte diese Möglichkeit vor allem gegenüber einer ehevertraglichen Vereinbarung gem. § 1410 BGB ab. Keinesfalls wurde seither „einhellig" die Ansicht vertreten, in anderen Streitverfahren als der Ehesache seien solche Vereinbarungen zum Zugewinn möglich. Ein Blick in die einschlägigen Kommentare belegt genau das Gegenteil.[11]

505 Damit scheint nunmehr anerkannt zu sein, dass zumindest in anderen Verfahren als der Ehesache Vereinbarungen auch zum Zugewinn wirksam getroffen werden können. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie dem Anwaltszwang unterliegen,

Wie sieht es aber in Verfahren aus, die nicht dem Anwaltszwang unterliegen, wie zB der einstweiligen Anordnung zum Unterhalt (§ 114 Abs. 4 Nr. 1 FamFG) oder solchen, die einen gänzlich anderen Streitgegenstand haben (zB Verteilung über die Haushaltsgegenstände oder Sorgerechtssache)? Soll auch hier eine wirksame Protokollierung zum Zugewinn möglich sein? Man wird dies mit großer Skepsis betrachten müssen, vor allem deswegen, weil der Richter wohl kaum die „Aufklärungs- und Beratungsfunktion des Notars" übernehmen kann – und will![12] Unter dem Gesichtspunkt des sichersten Weges sei daher nach wie vor dringend angeraten, entweder durch eine notarielle Urkunde oder durch einen Vergleich im Rahmen der **Ehe**sache Regelungen zu treffen.

---

[7] AA zu Unrecht MK/*Koch* § 1378 Rn. 22, die meint, dies sei ein bloßer Rechnungsposten in der Zugewinnbilanz.

[8] Vgl. zB *Schulz/Hauß* Rn. 719 (ohne Beachtung der Entscheidung BGH FamRZ 2014, 728); *Büte* Rn. 243; *Viefhues* FuR 2013, 674.

[9] Vgl. BGH FamRZ 2014, 728 mAnm *Maurer* FamRZ 2014, 730 sowie mit Anm. *Kogel* FF 2014, 250; ebenso schon OLG Oldenburg FamRZ 2013, 385 mwN.

[10] *Maurer* FamRZ 2014, 730 betont in seiner Anmerkung, aus der Entscheidung dürfe keineswegs geschlossen werden, dass die Vereinbarung in jedwedem anderen Verfahren (zB zum Sorgerecht) geschlossen werden könne. Es müsse sich vielmehr um ein Unterhaltsverfahren handeln. Die Kontroverse sei damit keinesfalls abschließend geklärt.

[11] Vgl. hierzu die Nachweise bei *Kogel* FF 2014, 251 in FN 8.

[12] Kritisch auch *Maurer* FamRZ 2014, 730 in seiner Anmerkung zu BGH FamRZ 2014, 728.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

506 Große Zurückhaltung ist auch bei einer Verfahrensweise gem. **§ 278 Abs. 6 ZPO** geboten. Zwar kann die notarielle Beurkundung durch einen Vergleich zu Protokoll des Gerichts gem. § 127a BGB ersetzt werden. Vielfach wird aber vertreten, dass es bei einer Vorgehensweise über die schriftliche Bestätigung durch das Gericht an den Verfahrensgarantien des § 127a BGB fehle.[13] Zudem setze dies ein **Protokoll** im Sinne von § 160 ZPO voraus.[14] Solange dieses Problem höchstrichterlich nicht geklärt ist, sollte tunlichst unter dem Gesichtspunkt des sichersten Weges von einer derartigen Verfahrensweise Abstand genommen werden.

507 Besonders misslich ist dieses Ergebnis, wenn in einer „Paketlösung" mit der Hausratsteilung zB eine Regelung zum Getrenntlebenunterhalt oder zu solchen Ansprüchen erfolgt, die **nicht** in einer formbedürftigen Regelung vereinbart werden müssen. Da die Absprache im Zweifel eine **Einheit** darstellt, sind diese Teile der Vereinbarung ebenso nichtig. Umgekehrt gilt: Derjenige Ehepartner, der sich gerade im Unterhalt benachteiligt fühlt, indem er zB neben der Aufteilung der Haushaltgegenstände eine ungünstige Unterhaltregelung vereinbart hat, kann auf diese Weise versuchen, die Absprache zu „kippen". Tückisch können insbesondere Fallgestaltungen werden, in denen Haushaltsgegenstände mit einem Pkw „verrechnet" wird. Nach überwiegender Meinung gehört der **Pkw** nämlich gerade **nicht** zum Hausrat.[15] Er ist Bestandteil des **Zugewinns.** Die Herauslösung eines Gegenstandes aus dem Zugewinnausgleich ist ebenfalls eine unzulässige Verfügung.

508 Ebenso problematisch sind Fälle, bei denen die Parteien **vor** Rechtskraft der Scheidung einen Notarvertrag über ein Grundstück schließen und damit gleichzeitig den Zugewinn erledigen wollen, dies aber entweder aus Kostengründen oder versehentlich nicht mit beurkunden lassen. Selbst bei einer Eintragung tritt eine Heilung nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB **nicht** ein. Außerhalb des Grundstücksgeschäftes liegende Formmängel (hier: § 1378 Abs. 3 BGB) kann diese Vorschrift nämlich nicht ersetzen.[16]

2. Einbeziehung Dritter gem. § 1378 Abs. 3 S. 3 BGB

509 **Beispielsfall:** Herr Roggendorn macht eine Zugewinnausgleichsforderung gegenüber seiner Ehefrau geltend. Der Anspruch ergibt sich aus dem Wertzuwachs eines Hauses. Er hatte erhebliche Arbeitsleistungen und Investitionen in das Objekt getätigt. Ursprünglich gehörte das Haus seinem Schwiegervater, welcher es kurz vor der Trennung an seine Tochter übertragen hatte. Zur Sicherung seines Zugewinnausgleichsanspruches erwirkte Herr Roggendorn gegen seine Ehefrau einen Arrest. An den Erörterungen im Arrestverfahren wurde in der mündlichen Verhandlung auch der Schwiegervater beteiligt. Dieser erklärte zu Protokoll, dass er zur Abgeltung sämtlicher Zugewinnausgleichsansprüche gegen seine Tochter 70.000 EUR zahlen wolle, vorausgesetzt, der Kläger übernehme das Haus nicht zu einem bereits ebenfalls fixierten Kaufpreis. Nachdem die Finanzierung dieses Hauskaufes scheiterte, forderte der Kläger von seinem Schwiegervater entsprechend der Erklärung zu Protokoll diesen Betrag von 70.000 EUR.[17]

---

[13] Vgl. hierzu den Überblick bei *Bergschneider* FamRZ 2013, 260. Er bezeichnet die hierzu geäußerten Meinungen als ein „Durcheinander". Dabei vertritt er die Auffassung, dass der Beschlussvergleich die notarielle und schriftliche Form ersetze; ebenso *Göppinger/Börger* Vereinbarungen 1. Teil Rn. 133. Das OLG Celle FamRZ 2014, 795 hat für den ähnlich gelagerten Fall der Beurkundung einer Vereinbarung gem. § 2033 BGB die Ansicht vertreten, die notarielle Form sei bei einem Vergleich gem. § 276 Abs. 6 ZPO jedenfalls dann nicht gewahrt, wenn die Parteien nicht nachweisbar weder durch ihre Bevollmächtigten noch durch das Gericht im erforderlichen Umfang belehrt worden seien.

[14] Vgl. hierzu die Literatur und Nachweise bei Zöller/*Greger* § 278 Rn. 31; *Rakete-Dombek* Festschrift Hahne 311 ff.; OLG München FamRZ 2011, 812 einerseits sowie OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1192 andererseits (jeweils für die gleich gelagerte Problematik beim Versorgungsausgleich).

[15] → Rn. 1042 ff.

[16] So zutreffend *Herr* FuR 2005, 543.

[17] Sachverhalt der Entscheidung BGH FamRZ 2004, 1353 mit Anm. *Koch* FamRZ 2004, 1354.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Eine Beteiligung Dritter an derartigen Vereinbarungen **vor** Rechtskraft der Scheidung bzw. Beendigung des Güterstandes ist äußerst problematisch und regressträchtig. Hierdurch kann nämlich gem. § 1378 Abs. 3 S. 3 BGB eine **absolute** Unwirksamkeit eintreten. Schon der Wortlaut der Norm führt den Leser in die Irre. Eigentlich hätte einleitend geregelt werden müssen, dass **alle** Vereinbarungen der Eheleute untereinander oder mit Dritten unwirksam sind – aber eben mit Ausnahme der besonderen Fallgestaltung des § 1378 Abs. 3 S. **2** BGB. Die Vorschrift des § 1378 Abs. 3 S. **3** BGB soll nicht nur den Ehegatten, der über die Ausgleichsforderung verfügt, schützen. Vielmehr soll sie auch den anderen Ehegatten vor Rechtshandlungen seines Partners bewahren, durch die ein **Drittinteresse** an der **Beendigung des Güterstandes** und damit eine Eheauflösung begründet werden **könnte.** Dies kann selbst dann der Fall sein, wenn der Dritte nicht Gläubiger einer Ausgleichsforderung wird.[18] Im Beispielsfall könnte man zwar die Vereinbarung zwischen Herrn Roggendorn und seinem Schwiegervater als einen Vertrag mit Elementen des Vergleichs und der befreienden Schuldübernahme auslegen. Mit der vereinbarten Abfindung würde aber der Antragsteller zum einen auf weitergehende Zugewinnausgleichsansprüche verzichten. Zum anderen hätte er in einen Schuldnertausch eingewilligt. Beides ist nach der Rechtsprechung unzulässig.[19] **510**

Eine **Heilung** dieses Formmangels wird zwar gem. § 141 Abs. 1 BGB für möglich gehalten. Dies muss aber **nach** Beendigung des Güterstandes, idR damit nach Rechtskraft der Scheidung erfolgen. In der obigen Entscheidung hatte der Schwiegervater jedoch schon kurz nach dem Termin erklärt, er wolle an dieser Vereinbarung nicht mehr festhalten. **511**

Die Vorschrift des § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB hilft ebenso wenig weiter. Diese Norm bezieht sich lediglich auf eine Regelung zwischen den **Eheleuten.** Schon hieran fehlt es. Die Vereinbarung ist nur zwischen Herrn Roggendorn und seinem Schwiegervater getroffen worden. Zum anderen gilt die Verbotsnorm des § 1378 Abs. 3 S. 3 BGB selbst für diesen Fall. **Immer dann,** wenn **Dritte** an den Vereinbarungen beteiligt sind, tritt mithin die Unwirksamkeitsregelung ein. **512**

Aus dem Normzweck, **jedes** Drittinteresse an der Beendigung der Ehe und des Güterstandes zu verhindern, droht jedenfalls dann Gefahr, falls ein Dritter an den Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich beteiligt ist. So wird die **Abtretung** der noch nicht entstandenen Zugewinnausgleichsforderung an einen Dritten selbst dann als unwirksam angesehen, falls dies nur unter der aufschiebenden Bedingung der rechtskräftigen Ehescheidung erfolgt.[20] Um die Forderung überhaupt entstehen zu lassen, würde diese Absprache nämlich einen unzulässigen Druck auf den Zedenten ausüben, sich scheiden zu lassen. Die Unwirksamkeit kommt ferner bei einer **Schuldmitübernahme** oder in Verwandtenfällen in Betracht. Denkbar ist dies vor allem, wenn zB noch Ansprüche gegen den Dritten wegen **ehebezogener Zuwendungen** mit abgegolten werden sollen und der Dritte an der Vereinbarung mitwirkt. **513**

Gleiches gilt, wenn nach der neueren Rechtsprechung des BGH Schwiegereltern ihre Zuwendung an das Schwiegerkind zurückfordern und hiervon die Höhe des Zugewinnausgleichsanspruches beeinflusst wird. Nach der strengen Rechtsprechung des BGH dürfte eine Gesamteinigung der Parteien einerseits über den Zugewinn, andererseits über die Höhe des Rückforderungsanspruches nicht zulässig sein.[21] Aus Sicherheitsgründen sollte daher eine derartige Regelung entweder immer erst **nach** der Scheidung bzw. **nach Beendigung** des **Güterstandes** getroffen werden. Alternativ muss sichergestellt werden, dass **nach** der rechtskräftigen Scheidung oder sonstigen Beendigung des Güterstandes diese Vereinbarung von **allen** Beteiligten noch einmal **bestätigt** wird (§ 141 Abs. 1 BGB). **514**

---

[18] AA MK/*Koch* § 1378 Rn. 22.

[19] Dies übersieht *Bergschneider* Verträge Rn. 597a, der von der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung ausgeht.

[20] Vgl. BGH FamRZ 2008, 1435; zustimmend *Brudermüller* NJW 2008, 3192.

[21] Vgl. hierzu *Kogel* FF 2011, 248; *Stein* FPR 2012, 90.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Strategische Hinweise

515
- **Privatschriftliche** Vereinbarungen der Eheleute vor der Ehescheidung sind unwirksam, selbst wenn sie mit anwaltlicher Hilfe ausgearbeitet wurden, § 1378 Abs. 3 S. **2** BGB.
- **Vor** Beendigung des Güterstandes führt jedwede Beteiligung Dritter zu einer Unwirksamkeit der Gesamtregelung, § 1378 Abs. 3 S. **3** BGB. Entweder muss zuerst die Beendigung des Güterstandes insbesondere durch Rechtskraft der Scheidung abgewartet oder zumindest sichergestellt werden, dass später eine Bestätigung nach § 141 Abs. 1 BGB erfolgt.

II. Das ABC der Vermögenswerte

516 In der Vermögensbilanz eines jeden Ehepartners ist jedes Vermögensstück **einzeln** zu bewerten und in die Bilanz einzustellen. Im Nachfolgenden soll für die in der Praxis am häufigsten auftretenden Fälle ein Leitfaden zur Bewertung gegeben werden.

1. Abfindungen

517 Nach der bisherigen Rechtsprechung ist am Stichtag **vorhandenes** Geld aus einer Abfindung in die Ausgleichsbilanz in vollem Umfange einzustellen. Dabei wird nicht gefragt, für welche Zeiträume die Abfindung gedacht war. Auch wenn sie sich auf einen Zeitraum **nach** der Ehescheidung erstreckt, findet sie Berücksichtigung.[22] In Fällen des Sozialplans oder der Vorruhestandsregelung kann eine erhebliche Ungerechtigkeit auftreten. Der BGH nahm dies bisher allerdings unter Hinweis auf § 1381 BGB in Kauf. Diese Vorschrift, die in der Literatur als „mehrfach gezähmter Tiger" bezeichnet wurde,[23] greift jedoch nach der sehr restriktiven Rechtsprechung nur in seltenen Fällen ein.[24]

518 Allerdings muss in derartigen Fällen immer ein Zusammenspiel zwischen unterhaltsrechtlichen Forderungen und Zugewinnausgleich im Auge behalten werden.

Beispielsfall: Die Eheleute Schulz, beide gerade 60 Jahre alt, trennen sich im Juni 2008. Unmittelbar nach der Trennung erhält Herr Schulz auf Grund eines Aufhebungsvertrages mit seinem Arbeitgeber eine Abfindung in Höhe von 180.000 EUR. Seine Ehefrau ist nicht berufstätig und unterhaltsberechtigt. Herr Schulz selber wird eine Erwerbstätigkeit nicht mehr finden. Im Juni 2011 reicht Frau Schulz die Scheidung ein. Die Abfindung ist noch vorhanden.[25]

519 Eine derartige Abfindung wird in der Regel in der Praxis bei der Unterhaltsberechnung herangezogen. Bis zum Rentenalter verteilt, erhöht sie das Einkommen des Unterhaltspflichtigen, womit der Berechtigte entsprechend höheren Unterhalt erhält.[26] Falls die Abfindung jedoch zusätzlich im Rahmen des Zugewinnausgleichs berücksichtigt wird, entsteht in obigem Beispielsfall für Herrn Schulz folgende unerträgliche Situation:

520 Einerseits wird die Abfindung beim Unterhalt berücksichtigt, andererseits wird sie über den Zugewinn noch einmal zu 1/2 an den Ehepartner ausgekehrt. Geht man von einem $^3/_7$-Unterhaltsanspruch aus, verbliebe Herrn Schulz nur noch 1/14 als Restbetrag. Geht man von der 1/2-Quote aus – Herr Schulz ist nicht mehr arbeitstätig – wäre er wirtschaftlich von der Abfindung gänzlich ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus folgender

[22] BGH FamRZ 1982, 148.
[23] *Schwab* in Brühler Schriften zum 11. DFGT Bd. 9, 547.
[24] Im Einzelnen → Rn. 1468 ff.
[25] Der Fall ist nachgebildet der Entscheidung OLG Frankfurt FamRZ 2000, 611; vgl. zur gesamten Problematik *Kogel* FamRZ 2004, 1614 ff.
[26] BGH FamRZ 1982, 250; 1987, 359; 1990, 269.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Übersicht (der Einfachheit halber wird hierbei von einer 60-monatigen Dauer zwischen Unterhaltsverpflichtung und Verrentung ausgegangen):

Die Abfindung ergibt monatlich einen Betrag von 3.000 EUR. Hiervon steht Frau Schulz die Hälfte und damit über 60 Monate insgesamt 90.000 EUR zu (Halbteilungsgrundsatz). Neben dieser Unterhaltszahlung erhält sie über den Zugewinn noch einmal die Hälfte der Abfindung von 90.000 EUR. **521**

Zwei Lösungsschienen scheinen möglich: **522**

Das OLG Frankfurt[27] hat versucht, das unbillige Ergebnis über § 1381 BGB zu korrigieren. Zwar erkennt die Rechtsprechung an, dass die Abfindung einen Vermögenswert darstelle, welcher zum Stichtag mit dem Nennbetrag angesetzt werden müsse. Werde der Betrag jedoch beim Unterhalt berücksichtigt, sei es grob unbillig, ihn nochmals beim Zugewinn einzustellen. Der Schuldner könne gem. § 1381 BGB die Leistung verweigern.

Zusätzlich wird der Rechtsgedanke des § 1380 BGB herangezogen. Soweit die Ehefrau jeden Monat Zahlungen erhalte, bekomme sie entsprechende Vorausempfänge auf den Zugewinnausgleich. **523**

Niepmann/Schwamb[28] versuchen demgegenüber die Lösung aus unterhaltsrechtlicher Sicht zu finden: Habe die Abfindung **Lohnersatzfunktion** sei sie zwar grundsätzlich zur Aufstockung von Arbeitslosengeld etc. auf die Höhe des bisherigen Nettogehaltes einzusetzen. Bei älteren Arbeitnehmern sei sie bis zum Erreichen der Regelaltersrente zu verteilen. Ihren Charakter als Einkommensersatz verlöre die Abfindung aber wieder, wenn durch den Verlust des Arbeitsplatzes eine Einkommensreduzierung gerade nicht eintrete. Auf jeden Fall müsse eine Doppelbelastung des zum Unterhalt und Zugewinn Verpflichteten vermieden werden. **524**

Andererseits muss man auch auf Seiten des Zugewinnausgleichs**berechtigten** folgendes **Risiko** einkalkulieren: **525**

Fällt zB der Unterhaltsanspruch fort (die Ehefrau heiratet erneut, erbt Vermögen mit anrechenbarem Einkommen, der Ehemann stirbt etc),[29] hat **sie** nach rechtskräftigem Abschluss des Zugewinnausgleichsverfahrens ein Problem: **Ihr** Zugewinn ist gekürzt worden, wobei sie nicht in den Genuss des vollen Betrages gekommen ist. Über den Unterhalt bekommt sie den Betrag auch nicht ratenweise voll ausgezahlt. Bei Fällen, in denen die Parteien das Problem gesehen und durch Vergleich erledigt haben, könnte man daran denken, wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Zugewinnausgleichsbetrages zuzulassen, sofern die Zugewinnausgleichsforderung nicht bereits verjährt ist. In Fällen, in denen ein Urteil (Beschluss) ergangen ist, hilft dieser Weg wohl kaum weiter. § 323 ZPO bzw. § 238 FamFG greift nicht ein. Diese Normen sehen nur bei einer wiederkehrenden Leistung, nicht aber eine Einmalzahlung wie beim Zugewinn, eine Abänderungsmöglichkeit vor. Der Ehepartner, der den Zugewinn wegen des Verbrauchs aus einer Abfindung kürzen lässt, geht demnach ebenfalls ein Risiko ein.

Auch der BGH hat in einem anderen Zusammenhang, nämlich dem der gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Mitarbeiterbeteiligung dieses grundsätzliche Problem erkannt.[30] **526**

Beispielsfall: Herr van Laak war bei einem Verlag beschäftigt. Er konnte sich als stiller Gesellschafter mit einem Betrag bis zu 7.250 EUR beteiligen. Diese Beteiligung führte zu einer Gewinnbeteiligung an der KG. Bei dieser Gewinnbeteiligung war vorgesehen, dass 10 % als längerfristiges Darlehen der

---

[27] FamRZ 2000, 611 f.

[28] → Rn. 541, 600 f. und vor allem → Rn. 879 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

[29] Nach der Unterhaltsrechtsreform dürfte ab. 1.1.2008 der Fortfall des Unterhaltsanspruchs schon den Regelfall darstellen.

[30] Vgl. hierzu BGH FamRZ 2003, 432 mAnm *Schröder* FamRZ 2003, 434; *Kogel* FamRZ 2003, 1645; *ders.* FF 2003, 249 ff.; *ders.* FamRZ 2004, 1614 ff.; *Gerhardt/Schulz* FamRZ 2005, 145; *Maurer* FamRZ 2005, 757; demgegenüber sieht *Maier* FamRZ 2006, 897 in nur eng umgrenzten Fällen die Gefahr einer unzulässigen Doppelbelastung; ähnlich *Hermes* FamRZ 2007, 184.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Gesellschaft gewährt wurden: Die weiteren 30 % dienten der Vermögensbildung. Der Rest wurde ausgeschüttet. Dies führte zu erheblichen Ausschüttungen von bis zu 67.000 EUR jährlich. Bei Beendigung der stillen Beteiligung wurde nur der Nennbetrag von 7.250 EUR ausgezahlt. Die stille Beteiligung endete ua mit dem Ausscheiden aus dem Betrieb. Im Rahmen und zu Beginn des Scheidungsverfahrens hatten die Eheleute eine Vereinbarung getroffen, wonach 70 % des ausgeschütteten Gewinnanteils einschließlich der Verzinsung des Darlehens beim Unterhalt berücksichtigt wurden. Aufgrund eines eingeholten Sachverständigengutachtens im Rahmen des Zugewinns ergab sich ein Wert der Beteiligung nach einer Ertragswertberechnung zum Stichtag in Höhe von 168.480 EUR.

527 Ohne dass sich dies ausdrücklich aus den Gründen ergäbe, sind die Parteien bei der Unterhaltsberechnung wahrscheinlich von einem durchschnittlichen Einkommen der letzten Jahre ausgegangen und haben 70 % als Nettobeträge zugrunde gelegt. Sofern diese Beteiligung zusätzlich im Endvermögen berücksichtigt würde, entstünde nach der zutreffenden Ansicht des BGH folgende Ungerechtigkeit: Die Ehefrau erhielte über die Unterhaltsquote (hier wird von der 3/7 Quote ausgegangen) einen Teil der laufenden Einkünfte. Über den Vermögensausgleich würde ihr zum Stichtag der hälftige Betrag aus Zugewinn zugesprochen. Letztendlich blieben dem Ehemann damit lediglich nur 1/14 des Vermögenswertes (14/14 abzüglich 7/14 = 7/14 abzüglich 6/14).

528 Die Ungerechtigkeit dieses Ergebnisses ist offenkundig. Der BGH versucht, dem mit zwei Argumenten zu begegnen. Er weist auf die Parallele zum Versorgungs-/Zugewinnausgleich und § 1587 Abs. 3 BGB (aF) hin.[31] Diese Vorschrift verbietet zwar eine Doppelberücksichtigung; allerdings erscheint die Begründung wenig stichhaltig. Im Bereich des Versorgungsausgleichs hat der Gesetzgeber die Problematik erkannt und gelöst; im Bereich des Unterhalts eben nicht. Zum anderen ist er der Ansicht, die Parteien hätten durch ihre **vertragliche Vereinbarung** zum **Unterhalt** den **Zugewinn** ausgeschlossen. Diese im Rahmen der Privatautonomie mögliche Regelung sei zu beachten. Offenkundig hatten die Parteien jedoch in der Entscheidung ausdrücklich diesbezüglich gerade **nichts** geregelt. Es ging ihnen lediglich darum, den Unterhalt festzuschreiben. Aus der bloßen Vereinbarung zum Unterhalt einen teilweisen Ausschluss der Regelung des Zugewinnausgleichs entnehmen zu wollen, läuft auf eine reine **Fiktion** hinaus. Was wäre denn geschehen, wenn die Parteien nicht rechtswirksam[32] zu Protokoll des Gerichts, sondern – zulässigerweise – außergerichtlich über den Unterhalt in privatschriftlicher Form eine Einigung gefunden hätten? Diese Vereinbarung wäre – folgerichtig – im Hinblick auf § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB formunwirksam. Selbst über einen Teil des Zugewinnausgleichs kann nämlich nur in notarieller Form verzichtet werden.[33] Im Übrigen wären Parteien, die nur den Unterhalt regeln wollten, über ein solches Ergebnis – vorsichtig ausgedrückt – überrascht, zumal zumindest damals die Problematik der Wechselwirkung zwischen Unterhalt und Zugewinn in der Praxis weitgehend unbekannt war.

529 Gerade dieses Problem muss der Anwalt aber aus Haftungsgesichtspunkten mit seinem Mandanten erörtern. Die Berücksichtigung beim Unterhalt kann nach dieser Rechtsprechung dazu führen, dass diese Position beim Zugewinnausgleich keine Berücksichtigung mehr findet, es sei denn, der Berechtigte hat insoweit einen Vorbehalt eingefügt, wonach der Zugewinnausgleich von dieser Regelung unberührt bleibt. Apodiktisch hat der BGH in den Urteilsgründen einer früheren Entscheidung zum Anfangsvermögen beiläufig festgehalten:[34]

---

[31] Vgl. hierzu jetzt § 2 Abs. 4 VersAusglG.

[32] Die Frage, ob in einem **Unterhalts**verfahren eine Regelung zum Zugewinn überhaupt wirksam getroffen werden kann, sei hierbei einmal dahingestellt (§ 1378 Abs. 3 S. 2 BGB: „**Ehe**sache"); hierzu → Rn. 504 ff.

[33] Sofern im Rahmen eines reinen Unterhaltsverfahrens die Vereinbarung auch für den nachehelichen Unterhalt getroffen wird, ergibt sich zusätzlich das Bedenken, ob nicht lediglich im Rahmen eines **Eheverfahrens** die Formvorschrift gewahrt wird, vgl. ie → Rn. 504 ff.

[34] BGH FamRZ 2001, 278 (282).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

„Wäre die Abfindung hingegen **zielgerichtet** als Ersatz für den infolge der Betriebsstilllegung zukünftig entstehenden Lohnausfall und damit als **vorweggenommenes Einkommen** für einen bestimmten Übergangszeitraum geleistet worden, dann unterläge sie – **aus diesem Grund** – von vorneherein **nicht** dem **güterrechtlichen Ausgleich** des Zugewinns."

530 In ähnlicher Weise hat er sich in einer weiteren Entscheidung[35] zur Frage der Aufstockung des Einkommens geäußert. In dem betreffenden Fall hatte der Unterhaltspflichtige zwar ein neues Arbeitsverhältnis angetreten. Das daraus bezogene Entgelt blieb aber hinter dem bislang erzielten Einkommen zurück. Im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung vertritt der BGH in diesem Urteil die Auffassung, dass selbst bei dieser Konstellation eine Aufstockung auf das vormalige Einkommen vorgenommen werden müsse.[36] Der Bezug zu den früheren Lebensverhältnissen sei nämlich nach wie vor gegeben. UU müsse aber bei einer länger voraussehbaren Einkommenskürzung (zB anhaltende Arbeitslosigkeit) die Abfindung auf einen längeren Zeitraum verteilt werden.

531 Das Ergebnis dieser Rechtsprechung führt letztendlich zu dem vom OLG Frankfurt ausgesprochenen Ergebnis, welches die Lösung über § 1381 BGB sucht. Sie unterscheidet sich jedoch in Folgendem:

532 Während aus der Formulierung des BGH zu entnehmen ist, dass in derartigen Fällen die Forderung dem Zugewinn „**von vorneherein entzogen** ist" (**Einwendung**), handelt es sich bei § 1381 BGB um eine **Einrede.** Diese ist vom **Schuldner** vorzubringen. Sie wird **nicht** etwa von Amts wegen berücksichtigt. Erkennt der Unterhalts- und Zugewinnausgleichspflichtige das Problem nicht, wird von Amts wegen eine entsprechende Kürzung nicht vorgenommen.

533 Bislang hat sich der BGH gescheut, den nahe liegenden Weg über § 1381 BGB zu gehen. Die Vorschrift wird nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung äußerst restriktiv gehandhabt. Grobe Unbilligkeit soll nur dann vorliegen, sofern „das Ergebnis in einer der vom Gesetz grundsätzlich vorgesehenen Weise dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde". Eine solche Unbilligkeit setzt in der Regel ein **schuldhafte**s Verhalten auf Seiten des ausgleichs**berechtigten** Ehegatten voraus".[37] Gerade an diesem **subjektiven** Element fehlt es aber. Nicht das **Verhalten** der Ehefrau, sondern das **Resultat,** welches auf einer gesetzestreuen Berechnung beruht, ist unbillig.

534 Nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung reichten systemimmanente Ungerechtigkeiten nie aus, um über § 1381 BGB die starre Regelung des Zugewinnausgleichs zu korrigieren. In Fällen, in denen ansonsten über den Unterhalt und den Zugewinnausgleich dem Verpflichteten überhaupt nichts mehr verbliebe, muss aber der immer wieder herausgestellte Gesichtspunkt der Rechtssicherheit (Stichtagsprinzip) hinter dem Gesichtspunkt der im Einzelfall gerechten Entscheidung zurücktreten.

535 Wie leicht in derartigen Fällen der Anwalt in einen Regresskonflikt gelangen kann, wird aus einer weiteren Entscheidung des BGH[38] zur Anwaltshaftung deutlich. In dem dortigen Fall war nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine erhebliche Abfindung gezahlt worden. Der Anwalt hatte, **ohne** die Abfindung zu berücksichtigen, den Zugewinnaus-

---

[35] Vgl. FamRZ 2012, 1045; ähnlich OLG Karlsruhe NZFam 2014, 32 = NJW 2014, 1311: Soweit die Abfindung nicht für Unterhaltszwecke verwendet wird, kann sie nach Ansicht des Senats im Rahmen des Zugewinns noch berücksichtigt werden; ebenso *Schulz/Hauß* Rn. 200 ff. mit einem Berechnungsbeispiel, bei welchem die Abfindung (wegen der Zahlung von Arbeitslosengeld) nur zum Teil verbraucht wird.

[36] *Schulz/Hauß* Rn. 192 vertreten die Ansicht, dass eine Abfindung vorrangig für den Unterhalt einzusetzen sei.

[37] BGH FamRZ 1980, 768 (769); 1992, 787.

[38] FamRZ 1998, 362 ff.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

gleich mit einer geringen Summe verglichen. Beim später vereinbarten Unterhalt wurde die Abfindung jedoch nur zu einem ganz geringen Teil berücksichtigt. Der Mandant nahm den Anwalt in Anspruch, weil dieser bei ordnungsgemäßer Beratung darauf hätte hinwirken müssen, dass die zum Zeitpunkt der Scheidung noch vorhandene Abfindung in vollem Umfange berücksichtigt und nicht erst bei der Unterhaltsregelung angesetzt wurde.

536 Anders als in sonstigen Entscheidungen ging der BGH davon aus, dass die Abfindung, die der Arbeitgeber aus Anlass einer Kündigung verspricht, **nicht** zum Ausgleich für entgangenes Arbeitsentgelt gewährt werde. Vielmehr solle sie eine Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes und des damit verbundenen sozialen Besitzstandes darstellen. Einen auf die Zukunft gerichteten Ausgleich bezwecke sie nicht. Sie könne, falls das Arbeitsverhältnis vor dem maßgeblichen Stichtag geendet habe, nicht Zeiträumen **außerhalb** des Güterstandes zugeordnet werden. Dem gegenüber wird in anderen Urteilen[39] angenommen, dass solche Abfindungen sehr wohl im Rahmen des Unterhaltes anteilig umzulegen sind.

537 Es stellt sich damit immer zunächst die Frage, ob unterhaltsrechtlich die Abfindung überhaupt eingesetzt werden kann.[40] Ist dies nicht der Fall, kann nur über den Zugewinnausgleich eine Berücksichtigung erfolgen.[41] In Fällen, in denen die Abfindung unterhaltsrechtlich eingesetzt werden kann, muss der Berechtigte sich entscheiden.

538 Da die Rechtsprechung nur eine Doppelberücksichtigung unterbinden will, steht dem **Berechtigten** ein **Wahlrecht** [42] zu. Insbesondere können folgende Gesichtspunkte maßgeblich sein:[43]

539 • Wird der Berechtigte auf **Dauer** einen gleichbleibenden Unterhaltsanspruch haben? Wenn zB wegen eines Zusammenlebens mit einem anderen Partner oder gar Heirat der Anspruch voraussehbar entfällt, ist der Weg über eine Verteilung im Unterhalt untunlich. Gleiches gilt, wenn wegen der ab 1.1.2008 geltenden Rechtslage ein Unterhaltsanspruch problematisch ist.

540 • Die Anrechnung im Zugewinn erfolgt zu 50 %, während beim Unterhalt eine Berücksichtigung nur zu 3/7 in Betracht kommt. Zahlungen über Unterhalt können ggf. zumindest teilweise steuerlich über das begrenzte Realsplitting berücksichtigt werden. Beim Zugewinn ist dies nicht möglich.[44]

541 • **Wann** wird das Scheidungsverfahren **eingereicht** und wann **abgeschlossen?** War voraussehbar, dass zum Zeitpunkt der Rechtskraft die Abfindung gar nichts mehr vorhanden sein würde, schied der Weg über Zugewinnausgleich nach der bis zum 31.8.2009 geltenden Rechtslage wegen § 1378 Abs. 2 BGB **aF** aus. Hierbei war bislang streitig, ob diese Vorschrift auch dann galt, wenn der Schuldner eine Handlung im Sinne von

---

[39] BGH FamRZ 2012, 1045; FamRZ 1982, 250; OLG Brandenburg FamRZ 1995, 1220 f. oder *Niepmann/Schwamb* Rn. 879 ff.; ebenso OLG Hamm FamRB 2007, 324. MK/*Koch* § 1375 Rn. 13 ist der Ansicht, dass die Abfindung grundsätzlich nicht in die Vermögensbilanz einzusetzen sei und zwar unabhängig davon, ob sie Versorgungs- oder Entschädigungscharakter habe.

[40] Vgl. *Schwab/Schwab* Kap. VII Rn. 60, der die Auffassung vertritt, eine Abfindung für einen Erwerbsschaden scheide von vornherein als Vermögenswert aus.

[41] In diesem Sinne auch OLG Karlsruhe NZFam 2014, 32.

[42] Höchst str.! Vgl. *Balzer/Gutdeutsch* FamRZ 2010, 346; *Niepmann* FF 2005, 131; *Bergschneider* FamRZ 2004, 1353; *Haußleiter* NJW-Spezial 2004, 247; *Soyka* FuR 2005, 541 (dieser will sogar bei einer späteren Veränderung der Ausgangslage dem Berechtigten wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ein Abänderungsrecht einräumen); ebenso für den Fall der Schulden: *Krause* Das Familienheim § 1 Rn. 40; ablehnend ausführlich *Viefhues* Fehlerquellen Rn. 1784 ff.; *Gerhardt/Schulz* FamRZ 2005, 145 sowie *Maurer* FamRZ 2005, 757, die nur über die Unterhaltsschiene eine Lösung suchen wollen. Offen gelassen haben dies nunmehr *Niepmann/Schwamb* Rn. 881.

[43] Unabhängig davon, ob man die Wahltheorie vertritt, sind diese Überlegungen für die taktische Vorgehensweise von Bedeutung, hierzu auch → Rn. 548 ff.

[44] *Viefhues* Fehlerquellen Rn. 1790.